

## 主要事実と間接事実について

福 富 哲 也

### 一、はじめに

#### (一) 用語の定義

民法・商法等の実体法規は、原則として、法律(構成)要件と法律効果の抱き合わせで構成されている。この法律要件とされている事実を要件事実という。法律効果たる権利の発生・変更・消滅に直接必要な事実であるため、直接事実とも呼ばれている<sup>(1)</sup>。もつとも、法律効果発生のために必要とされる要件には、特別要件と一般要件とがある。後者に属するものとしては、制限能力者でないことや要素の錯誤がないこと等がある。通常、要件事実という場合には、特別要件にあたるものだけを意味している<sup>(2)</sup>。

かつては、要件事実とは、間接事実との区別で用いられる主要事実と同義語として使われていた。たとえば、斎藤教授は「主要事実とは訴訟物である権利または法律関係の発生・消滅などの法律効果の判断に必要な要件事実である」<sup>(3)</sup>とされ、同様に、小山教授も「主要事実とは請求の可否の判断をするのに必要な権利の存否・発生・消滅など一の要件となるべき事実」<sup>(4)</sup>であると定義されていた。

しかし、最近では、要件事実と主要事実とは別であるとして、両者の使い分けがなされている。この分離説によれば、要件事実とは法律効果発生に必要な法規に定められた抽象的事実を、また、主要事実とは要件事実ありとの判断の前提となる具体的事実をいうとされている<sup>(5)</sup>。この区別の意味が發揮されるのは「過失」や「正当事由」といった規範的要件の場面においてである。それまでの「過失」や「正当事由」を主要事実とする見解を批判され、このような誤解は、主要事実と要件事実の同視に基づくとし、その混同を戒めた。分離説を提唱された山本戸教授は、規範的要件そのものを主要事実と見るのではなく、規範的要件を構成する過失とか正当事由とかの法的評価を根拠づける事実(いわゆる評価根拠事実)を主要事実と見るべきであるとされる。学界においても、過失は要件事実で、スピード違反、酒酔い運転等が主要事実であることを明らかにしたのは、比較的最近の学説の成果であ

るとして、一般的な支持を得るに至っている。<sup>(6)</sup>ただし、この見解に対しても、批判がない訳ではない。伊藤判事は、評価根拠事実を要件事実と呼ぶことは少しも差し支えはないとして、要件事実と主要事実とは同義であるとされる。<sup>(7)</sup>そして、「誤りは、法律の定める要件そのものを主要事実と見る考え方にあるのであって、要件事実と主要事実を同一視するところにあるわけではない」とされる。<sup>(8)</sup>さらに、伊藤判事は、分離説が過失や正当事由という規範的概念を要件事実と呼ぶ点についても、それらがあたかも事実のような印象を与えるから不適切であると指摘されている。<sup>(9)</sup>伊藤判事は、要件に該当する具体的事実があつて、それがあればその要件が充足されたことになり、対応する法律効果が発生することとなる具体的事実を要件事実と呼んで、主要事実と同義であるとされるが、具体的事実のこのような性質に照らせば、主要事実というよりは要件事実といったほうがよいと思われる、主要事実という用語の使用にも疑問を呈している。<sup>(10)</sup>

このように、要件事実と主要事実の概念に関しては、必ずしも一致している訳ではないが、本稿ではそのこと自体を問題にするのではないので、用語は近時の用法に従うこととする。また、間接事実とは主要事実を経験則の適用によつて推認させる事実を、補助事実とは証拠の証拠力を判断する前提となる事実をいうこととする。

## (二) 主要事実と間接事実の峻別の法理

判例・通説によれば、法規の構造上一定の法律効果の発生に必要な要件事実が明確であるため、主要事実と間接事実の区別は可能であるとされている。そして、「もし、当事者に申立を理由あらしめ、またはこれを排除するために必要な事実が、細大漏らさず主張すべきことを要求するときは、当事者は、判断の食い違いのため裁判所の必要と考える事実を提出しない事例がいくつあるか増加するであろうし、提出しないことに伴う不利益をいつさい当事者に課すこととして、当事者にその提出を要求するのは酷に過ぎる。裁判所が釈明権の行使によりいちいちその主張を促すことも煩に堪えないから、当事者は、主要事実を主張すれば足りることとし、間接事実・補助事実のごときは、弁論に顕出するかぎり当事者の主張がなくとも（証人の尋問の結果明らかになれば）裁判所は斟酌できるとするものである」という主要事実と間接事実の峻別の法理が形成された。<sup>(11)</sup>

判例・通説は、弁論主義の適用を主要事実に限定し、間接事実や補助事実の自由に拘束力を否定している。私は拙稿<sup>(12)</sup>で、訴訟の結果にとつて重要な意義を有する間接事実や、補助事実であつても主要事実に進ずべき文書の作成の真正については、自由の拘束力を認めるべきであるとの見解を述べた。そこで、本稿では、判例・通説の前提にある主要事実と間接事実とが截然と区別可能であるとされている点、およびこうして区別された主要事実に対してのみ弁論主義が適用されるという考え方の当否について検討する。

## 二、主要事実と間接事実の区別の必要性について

主要事実と間接事実の区別は、従来は、もっぱら弁論主義とくに主張責任の適用範囲ならびに自白の拘束力と関連して取り上げられてきた。すなわち、伝統的見解によれば、間接事実当事者の主張がなくても裁判所はこれを裁判の基礎にとり得ることができし、また、間接事実につき自白が成立しても、この自白は裁判所の事実認定権を排除することができないとされてきた。この背景には、間接事実弁論主義を適用させると裁判官の自由心証主義による判断を拘束して、合理的な判断を困難にさせるとの配慮がある。しかし近年は、弁論主義の視点に訴訟運営上の視点も加えて、両者の意義が考えられるようになってきている。<sup>(13)</sup>たとえば、新堂教授は、「主要事実及び間接事実の区別は、当事者の弁論活動の指針であるとともに、裁判所の審理活動の指針であり、争点の整理、立証活動、心証形成作業の指標となる」とし、同様に加藤判事も「主要事実と間接事実とを区別することは弁論主義の適用と、訴訟運営上の要請（不意打防止、攻撃防御のポイントを明確にすることによる審理の充実等）から必要とされる」としている。今日では一般的に、両者の区別は、(一) 訴状、答弁書その他の準備書面における事実主張の記載方法、(二) 主張責任、(三) 争点整理、(四) 審理の基準、(五) 判決書における事実摘示、(六) 判決理由における事実認定、(七) 判断遺脱として上告理由、再審理由となる事実といった局面で問題になるとされている。特に、現行民事訴訟法では、争点を早期に確定し、充実した集中証拠調べを行うため、(一)の訴状、答弁書には重要な間接事実を記載することが要求されており（民事訴訟規則五三条一項、同八〇条一項）、主要事実と間接事実をできる限り区別して記載しなければならない（同規則五三条二項、同七七条二項）と規定されている。また、(三)の争点整理でも、当事者は、原則として、主要事実を経験則上推認させ得る重要な間接事実を的確に把握して主張立証をしていかなければならないことになる。<sup>(14)</sup>

## 三、主要事実と間接事実とを区別する基準

### (一) 判例・多数説（法規基準説）の立場

判例・多数説は、主要事実を法規の要件事実ないし法律要件要素と同一視し、法律の規定上、権利の発生・変更・消滅等の直接の原因となる事実を主要事実とし、それ以外の事実を間接事実としてきた。法規の定める要件を基準とするため、一般に法規基準説と呼ばれている。この考え方は、ローゼンベルグによって大成された、要件事実に基づいて証明責任を考える法律要件分類説に基づくものである。<sup>(15)</sup>



確かに、法規の構造上、一定の法律効果の発生に必要な要件事実が常に明確であるのなら、主要事実と間接事実の区別は可能ということになる。そのことは、実務の手続を安定させることになろうし、自由心証主義を貫徹することにより、事案の真相に合致した裁判が可能になるであろう。しかし、民事訴訟の対象となる事実とは、社会的、歴史的事実としては連続性のある密着した事実である。それにもかかわらず、法律要件という一つの物差しで峻別することが技巧的で、不自然である。主要事実と間接事実を区別することは、現実問題としてそう簡単なことではないとの指摘が強くなっている。<sup>19)</sup>そこで、次に、主要事実と間接事実の区別の難しい一般条項を取り上げる。

一般条項とは、広義では「法律の要件を抽象的、一般的に定めた規定」<sup>20)</sup>すなわち「不特定概念を用いて裁判官の法規拘束を緩和し、適用を楽にした法規」<sup>21)</sup>を指し、「過失」(民法七〇九条)、「正当の理由」(民法二一〇条)、「正当の事由」(借地借家法六条)を含み、狭義では「公序良俗違反」(民法九〇条)、「権利濫用」(民法一条三項)、「信義誠実の原則」(民法一条二項)をいうとされている。他の多くの法律要件では事実概念をもって規定されているが、一般条項では価値概念で規定されている。つまり、一般条項では、法律要件に該当する一定の事実が予定されておらず、また、生の事実ではなくそれらから推断・結論した価値判断自体が要件とされているのである。なお、狭義の一般条項は、公益性の強い点で弁論主義の適用について他の一般条項とは若干異なった面があるとの指摘があるため、分けて考察する。

(i) 過失等の広義の一般条項について

判例・多数説は、不法行為による損害賠償請求訴訟においては、不法行為による損害賠償請求権の成立要件要素としての「過失」それ自体を主要事実と捉えていた。したがって、過失を基礎づける具体的事実は間接事実にとどまり、当事者が過失と主張さえすれば、当事者の主張がなくても個々の具体的事実を認定して判決の基礎とすることができ、また、個々の具体的事実の主張がなくても、過失ありと相手方が認めれば裁判上の自白を認めることになる。しかし、このような結論に対しては、多くの学者からの批判が集中した。新堂教授は、「たんに、過失があるということだけ主張されても、裁判所としての審理の見通しが立たないし(どの範囲の事実の有無を調べたらよいのか、また、そのためにどの範囲の証拠を取り調べれば足りるのか裁判所として決めかねる)、相手方としてもどのような防御をしたらよいのか見当がつかない」<sup>22)</sup>とされる。確かに、判例・多数説によれば、当事者間に争われている具体的事実(たとえば酪酐運転)と異なる、しかも当事者の主張しない具体的事実(たとえばスピード違反)を認定することも許されることになる。しかしこれでは当事者に思わぬ不意打を与えることになり、弁論主義上問題である。新堂教授は「本来主要事実は事実認定の目標となるべきもので、その抽象度は、これから進めるべき審理を円滑・迅速に進め、両当事者が攻防を尽くした充実した審理になるように配慮されたものでなければならぬ。主要事実は、第一に裁判所が事実審理を進めるうえで手続の明確な目標となり、手続を混乱せしめない程度に具体的な事実でなければ

ばならないとともに、第二に相手方にとつても防御活動が十分に行え、不意打のおそれのない程度に具体的でなければならない」と批判されている。

もつとも、この批判は、一般条項に限らず法律要件要素が事実概念で形成されている場合にも該当することになる。事実概念といつても、それは常に一義的なものではなく、たとえば「交付」といっても、そこでは何をもって交付と見るかの法的判断を伴うことが多い。当事者間で争われる真の具体的争点は何であるかを明確にするためには、主要事実と関連性のある間接事実の主張が必要とされる。

## (ii) 公序良俗違反、権利濫用および信義則違反

「過失」と同様に、不特定概念それ自体を主要事実と解すると、公序良俗違反、権利濫用等の主張がない限り、裁判所は、公序良俗違反を理由に法律行為を無効としたり、権利濫用を理由に権利行使を否定したりすることができないことになる。

名古屋高裁昭和五二年三月二八日判決(下民集二八卷一〇四号三一八頁)は、「ある権利の行使が相手方の権利濫用である旨の抗弁のないまま権利の濫用として排斥されると、権利者はその点に関する防御の機会が与えられないまま敗訴することになり、権利者にとって不当な不意打となることは明らかである。しかして、権利濫用の事実(抗弁)は、その基礎となる客観的・主観的な事実関係が口頭弁論にあらわれていることで足り、あえて、抗弁として被告が明確に主張することを要するものではないけれども、事実審裁判所が証拠調べをした結果、原告の請求が権利濫用にわたると認めた場合には、被告をして右の事実を抗弁として主張するか否かを釈明し、被告が右の主張をした場合には、原告に対しても右の点について防御方法を講じさせるなどの処置を経て判決をしなければならない」として、この立場をとっていた。最高裁判所昭和三九年一〇月一三日判決(民集一八卷八号一五七八頁)も、「論旨は原判決が本訴請求を権利の濫用として許されないと判断したのは、民法一八六条(当時)に違反するものであるという。しかし、記録に照らせば、被上告人が所論権利の濫用の主張をもなすものと解される旨の原審の判断は首肯し得ないではない」として、必ずしも明示的である必要はないが、権利濫用についての当事者の主張は必要であるとの立場を支持している。

これに対し、大審院昭和一九年一〇月五日判決(民集二三卷五七九頁)、東京高裁昭和三〇年七月八日判決(下民集六卷七号一三四二頁)は、権利濫用の主張は不要であるとし、最高裁判所昭和四三年一二月二五日判決(民集二三卷二三号三五四八頁)は職権で権利濫用の判断をしている。同様に、最高裁判所昭和四二年四月七日(民集二二卷三三五五一頁)も職権で信義則違反の判断をしている。公序良俗違反に関しては、最高裁判所昭和三六年四月二七日判決(民集一五卷四号九〇一頁)は、「裁判所は当事者が特に民法九〇条による無効を主張しなくとも、同条違反に該当する事実の陳述さえあれば、その有効、無効の判断をなし得るものと解するを相当とする」と判示している。

このような相反する判決例が登場する背景には、契約の公序良俗違反等を明らかにする事実が現れているのに、当事者の公序良俗違反等の主張がな

いため、これを斟酌できないのは裁判官の法適用の職責と相容れないとの判断があるものと思われる。<sup>(25)</sup>

判例・通説によれば、弁論主義の下では、主要事実が当事者が口頭弁論で陳述しない限り、判決の基礎には採用することができないとされている。しかしながら、判例・通説の一部には、主要事実でありながら、当事者の主張がなくても判決の基礎とすることができると認める見解がある。

(i) 代理権

大審院昭和三年八月一日判決（民集七巻六四六頁）は、「契約当事者間で成立した旨の主張があれば、当事者の一方の代理人と相手方との間で契約が成立したと認定することは違法ではない」と判示している。その理由は、ある契約が本人によってなされるか、その代理人によってなされるかにより、「その法律効果に変わりはない」点に求められている。同様に、大審院昭和九年三月三〇日判決（民集一三巻四一八頁）は、「消費貸借契約の締結及び抵当権の設定・登記を当事者双方の主張のないまま、原告の代理人が行った」と認定した原判決を、「当事者の主張と異なる事実を認定しても、具体的請求の同一性が動かない限り、それが訴訟資料に基づく認定である以上、違法ではない」としている。そして大審院の判例は、最高裁判所によっても支持された。

最高裁判昭和三年七月八日第三小法廷判決（民集一二巻一一号一七四〇頁）

〔事実〕 原告X（被控訴人・被上告人）は、請求の原因として次のとおり主張した。Xは昭和二四年三月被告Y（控訴人・上告人）との間で、Yが買い受ける黒砂糖をXが斡旋し、その斡旋料として一斤につき一〇円の支払を受けることを約した。Xは、同年四月までの間に、数回にわたり黒砂糖四三〇〇斤をYに斡旋して買い受けさせた。よって、Yに対し、四万三〇〇〇円の支払を求める。

原審は、証拠により次の事実を認定して、Xの請求を認容した。X主張の日に、XとYの代理人某との間に、Yのため、X主張の黒砂糖買い付けの斡旋に関する契約がなされ、右契約に基づき、Yはその主張の頃、その主張の如き数量の黒砂糖の買い付けをYに斡旋した。Yは、原審が当事者が主張しない代理人との間の契約の締結を認定したことは、申立ざる事項に基づいて判決をした違法があると主張して、上告した。

〔判旨〕 「民訴法一八六条（当時）にいう「事項」とは訴訟物の意味に解すべきであるから、本件につき原審が当事者の申立ざる事項に基づいて判決をした所論の違法はない。なお、斡旋料支払いの特約が当事者本人によってなされたか、代理人によってなされたかは、その法律効果に変わりはないのであるから、原判決がXとY代理人某との間に本件契約がなされた旨判示したからといって弁論主義に反するところはなく、原判決には所論のような理由不備の違法もない」

その後、最高裁判所昭和三年十一月一三日判決（判例時報三九六号四〇頁）も、具体的な理由は示していないが、結論を支持している。また、最



高裁判所昭和四二年六月一六日判決（判例時報四八九号五〇頁、判例タイムズ二〇九号一三八頁）は、代理人から買い受けたという主張に対して、本人から買い受けた旨認定しても弁論主義に反しないとしている。

中野教授は、主要事実についての当事者の主張内容と裁判所の認定の内容には社会観念上の同一性が認められれば弁論主義に反しないとして、判例の結論を支持されている。<sup>(26)</sup> 奈良判事は、「裁判実務から見ると、止むを得ない面がある。当事者の意思表示が第三者を通じてなされる場合、単にその者が使者であつて伝達機関にすぎないときには、本人自らによる契約の成立であり代理人によるときには代理行為ということになるが、その第三者が使者に過ぎないか、代理人であるかは証拠調べの結果によつて左右されることが大きく、このような微妙な認定事実との関連から見ると、裁判例の態度も一概に非難できない」とされる。<sup>(27)</sup> 実務家であられた田辺判事も、「事実が弁論にあらわれることを要求する唯一の実質的理由としては、訴訟上あらわれる相手方に有利な事実を当事者にすべて予知させ、これに対し十分防御方法を尽くさせること、換言すればいわゆる不意打を生ぜしめないということしか考えられない」として、「訴訟上裁判所の判断にとつて重要な意味をもつ事実、そのうちでも構成要件に該当するいわゆる主要事実、原則として、十分防御方法を尽くした上で審理の基礎とすることが不意打のない、公正な裁判の原則にもつともかなうのである。しかし、仮に事実が弁論にあらわれていない場合でも、審理の全体の経過から考えて、何等相手方に不意打を与えるおそれがないと認められる場合に、裁判所が証拠に基づいて進んでこの事実を認定したとしても決して違法ではない」とされる。<sup>(28)</sup> 田尾判事も、大審院時代の判例は、代理人の権限についての証拠調べがなされた事例であり、最高裁判所の判例は代理権に関する激しい争いはなかった事例であるから、主張を必要とする事実、主張に審判権が拘束される事実、それが法規上権利の発生・消滅に不可欠であると規定されているからではなく、むしろ当該訴訟との関係で事実上どれだけ訴訟の勝敗に重要か否か、したがって相手方の防御権を保護しているかどうか等によつて決められるべきことを暗示しているものではないかとし田辺判事と同様な立場を表明している。<sup>(29)</sup>

これに対し、兼子博士は、「本人以外の者の行為であれば、有効な代理行為であることを陳述すべきで、当事者の陳述のなきがかり裁判所としてはかかる事実を認定すべきではない」との基本的立場に立たれる。同様に、坂井判事も、民法の代理に関する諸法規の要件に該当する事実は主要事実であり、したがって、また、その主張がない限りたとえその事実の立証が十分であつても、裁判所はその法律効果を認定してはならないとされる。<sup>(31)</sup>

近年では、主要事実でありながらその主張をまたずに判断できるとした判例は、弁論主義を誤解したものであるとの批判が強くなっている。その論拠としては、第一に、代理が問題なのであれば、それに関連する争点（たとえば、権限踰越や代理権の消滅）が生じうる。このような争点の展開の可能性を無視して職権により事実認定ができることは、単なる不意打防止に解消し得ない当事者の自主的争点形成権能を害することになる。第二

に、主張がなくても判決の基礎にしてもよいのであれば、現行民訴法の争点を明確にし、証拠調べを行う訴訟審理の構造と相容れなくなってしまうのではないか、という点が挙げられている。<sup>(12)</sup>

## (ii) 過失相殺

原告の損害賠償請求権は、原告の過失と相殺されることにより一部消滅するのであるから、原告の過失はまさに直接権利の消滅をもたらす事実であつて、主要事実にはならない。

しかし、大審院昭和三年八月一日判決（民集七卷六四八頁）は、不法行為の過失相殺に関し、「被害者ノ過失ハ賠償額ノ範圍ニ影響ヲ及ボスベキ事実ナルト同時ニ法律ハ之ヲ以テ賠償義務者ノ抗弁權ト為シタルモノニ非ザルガ故ニ、裁判所ハ訴訟ニ現ハレタル資料ニ基キ、被害者ニ過失アリト認ムベキ場合ニハ、賠償額ヲ判定スルニ付職權ヲ以テ之ヲ斟酌シ得ベク、賠償義務者ヨリ此ノ旨ノ主張アルコトヲ必要トスルモノニ非ズ」とし、また、最高裁判所昭和四一年六月二一日判決（民集二〇卷六号一〇七八頁）も、「過失相殺にもいわゆる弁論主義の適用のあることを主張する論旨は失当として排斥を免れない」と判示している。

債務不履行の過失相殺に関しても、最高裁判所昭和四三年十二月二四日判決（民集二二卷一三号三四五四頁）は、「民法四一八条による過失相殺は、債務者の主張がなくても、裁判所が職權ですることができるが、債権者に過失があつた事実が債務者において立証責任を負うものと解すべきである」と解している。

学説でも、公平の理念や損害賠償訴訟の非訟化傾向を考慮して、過失相殺については弁論主義を緩和すべきであるとする見解が主流であるが、過失相殺については弁論主義を緩和すべきではなく、確かに、過失相殺は援用を要する抗弁権ではないが、被害者の過失を構成する事実については当事者の主張を要するとする反対説<sup>(13)</sup>も有力である。

## (iii) 所有権移転過程

大審院昭和一年一〇月六日判決（民集一五卷一七七一頁）は、「原審が当事者の主張がないのに被相続人が相続開始前にその不動産を他（被告）に贈与したとの事実を認定して請求を棄却したところ、被相続人が相続開始前に他に不動産を贈与したとの事實は、要するに原告の主張する相続による所有権取得を否定する理由に過ぎないから、この事実を認定して原告の請求を棄却してもなんら違法ではない」とし、最高裁判所昭和二年一月一〇日判決（民集四卷一五五五一頁）も「裁判の基本となる事實は当事者の主張を要するが、その事實の来歴等については裁判所が証拠により当事者の主張と異なる事実を認定することができる」と、その見解を継承した。



しかし、学説は、所有権取得の経過は主要事実であるとして、これに反対した。そして、最高裁判所は、判例を変更するにいたった。

最高裁判所昭和五五年二月七日判決（民集三四巻二号二三頁）

〔事実〕 Xら三名（控訴人・上告人）がYに対し、Y名義の本件土地につき、共有持分権に基づいて持分各五分の一所有権移転登記手続を求めた事件であるが、Xらの主張した請求原因は次のとおりであった。本件土地は、もとAの所有であったところ、Xらの父Bは昭和二三年ころこれをAから代金一万六六〇〇円で買い受けその所有権を取得した。その後、昭和三四年にBは死亡し、Bの子であるXら、C及びY（Yの夫）の五名がその権利義務を相続した。しかるに、本件土地にはYの単独名義の所有権取得登記がなされているので、相続によって取得した共有持分権に基づいて各持分五分の一の所有権移転登記手続を求める。

これに対し、Yは、本件土地がもとAの所有であったことは認めたが、BがAからこれを買ったとの事実を否認した上、本件土地はYの亡夫Yが昭和二八年にAから買い受けて、その所有権を取得したものであるから、もともとBの相続財産ではなく、したがって、Bの死亡によりXらがその共有持分権を取得するはずがない、と主張した。

かくして、本件土地をAから買い受けたのはBであるか、それともYであるかが唯一の争点となった。ところが原審は、証拠調べの結果に基づき、Aから買ったのはXらの主張どおりBであると認定しながら、さらに加えて、Bの二男であるYが昭和二九年頃から父Bを手伝って家業の材木商に従事するようになり、やがて独りで取り仕切ってBの跡取りとしての地歩を占めるようになっていったこと、Bの死亡直前の意思としては、本件土地をYの所有とすることを認めていたこと等の事実を認定した上、これらの事実を法律的に見れば、Bが本件土地をYに死因贈与したものであるとして、Xらの請求を棄却してしまった。そこで、Xらから、弁論主義違反、釈明義務違反、審理不尽を理由に上告した。

〔判旨〕 「相続による特定財産の取得を主張する者は、①被相続人の右財産所有が争われているときは同人が生前その財産の所有権を取得した事実及び、②自己が被相続人の死亡により同人の遺産を相続した事実の二つを主張すれば足り、①の事実が肯認される以上、その後被相続人の死亡時まで同人につき右財産の所有権喪失の原因となるような事実はなかったこと、及び被相続人の特段の処分行為により右財産が相続財産の範囲から逸出した事実もなかったことまで主張立証する責任はなく、これら後者の事実、いずれも右相続人による財産の承継取得を争う者において抗弁としてこれを主張立証すべきものである。これを本件についてみると、Yは、Xらの所有権取得を争う理由としては、単に右土地を買ったのはBではなくYであると主張するにとどまっているのであるから、原審が証拠調べの結果Aから本件土地を買ってその所有権を取得したのはBであってYではないと認定する以上、XらがBの相続人としてその遺産を共同相続したことに争いのない本件においては、Xらの請求は当然認容されてしかるべき筈いである。

ある。しかるに原審は、前記のとおり、Yが原審の口頭弁論において抗弁として主張しないYがBから本件土地の死因贈与を受けたとの事実を認定し、したがって、Xらは右土地の所有権を相続によって取得することができないとしてその請求を排斥しているのであって、右は明らかに弁論主義に違反するものといわなければならない。大審院昭和十一年一〇月六日判決（民集一五巻一七七一頁）は変更すべきものである。」

なお、一部の学者・実務家からは、所有権取得経路の全てを主要事実と見ることは不適当であるとし、判例の見解はもう一度見直すべきであるとの指摘がなされている。<sup>(35)</sup>

このように見てくると、判例・多数説にあつても、主要事実と間接事実の峻別は必ずしも明確ではなく、また、その区別をする法規基準も、実務では必ずしも貫徹されているわけではないことがわかる。

#### 四、主要事実と間接事実の区別の基準の修正

判例・多数説である法規基準説に対しては、一般的に、次のような批判がなされている。

(1) 一般条項の規定や抽象的概念の規定の場合に、これらの内容をなす個々の具体的事実を間接事実として弁論主義の適用を受けないとする帰結は妥当ではない。(2) 実際の裁判では間接事実が重要な役割を演じているのに、これに弁論主義が適用されないのでは弁論主義が生かされない。(3) 現実に主要事実と間接事実の区別は困難であるし、ある事実が主要事実と該当するか否かの判断も必ずしも常に容易ではない。(4) 区別を法規の要件事実と該当するか否かと言った形式的区別に求めることに実質的な根拠はない。

そこで、このような難点を回避するため、数多くの提言がなされている。それは、二つに大別される。一つは、法規基準説を原則として支持しつつ、部分的修正を試みるものであり、もう一つは全く新しい視点から区別を試みるものである。

##### (一) 部分的修正を試みる見解

これには、次の三説がある。

(第一説) 「過失」などの抽象的な不特定概念の場合に限り、その内容をなす具体的事実につき、間接事実ではあるが主要事実に準じた取扱いをすべきであるとする見解<sup>(36)</sup>（準主要事実説）。

(第二説) 法規の定める要件事実と、これに該当する具体的事実たる主要事実とを区別したうえで、「過失」は要件事実であるが、これを基礎づける

具体的事実は主要事実であり弁論主義が適用されるとする見解<sup>(47)</sup>。

(第三説) 規範的要件を基礎づける具体的事実を準主要事実(主要事実であるが、構成要件への当て嵌めが普通の条文と異なる)であるとする見解。この見解の提唱者である倉田判事は、広義の一般条項の規範的要件事実とこれを理由づける具体的事実との関係は、当て嵌めが複雑である点で異なることから、理由づける具体的事実を準主要事実と呼んでいる。すなわち、同判事によれば、狭義の一般条項においては個々の準主要事実については真偽不明がありえても、その後の総合判断においては必ず肯定、否定のいずれかに判断されるが、「過失」とか「正当事由」については、不特定概念を用いた構成要件要素がそのまま事実認定の対象と観念され、その限りに於いて真偽不明の結論をきたすこともあり得るとされる。同判事の見解は、同じ実務家である三井判事によっても支持されているが、同じ実務家である篠田判事は、過失とか正当事由を基礎づける具体的事実が真偽不明であれば右事実が真偽不明のまま過失とか正当事由の成否を総合判断すればよいのであり、倉田判事のいう準主要事実は、まさに主要事実であるというべきであると反論されている<sup>(48)</sup>。篠田判事によれば、倉田判事の見解は前記第二説に該当することになる。

いずれの見解によれ、広義の一般条項の場合、当事者の主張責任の範囲も、また、裁判所が当事者の態度に拘束される範囲も、個々の具体的事実に限られることになる。過失ありとか、正当事由ありとの当事者の主張がなくても、裁判所は、ある事実が過失になるとか、正当事由に該当するとか専権的に判断できることになる。このことから、これらの見解は、「事実は当事者により、法律は裁判所により」という弁論主義の基本原則に忠実であるといえる。また、具体的事実が主要事実になるため、従来の判例・多数説の見解よりも、争点が明確になるため、訴訟の促進や被告の防御権の保護といった面では、より評価されることになるであろう<sup>(49)</sup>。もともと、この長所は、反面短所ともいえる。この見解によれば、原告がA事実を過失として主張しているときに、B事実が認められ、それが過失に当たると裁判所が考えたときでも、B事実の主張がなければ、裁判所としてはB事実を認定することができない訳である。この点に関しては、特に実務家から、「多くの実際の事件においては、A事実とB事実は縁遠い事実ではないことが多いだけに、裁判官にはめられたこの枠は非常に不自然であり、更に具体的な過失に当たる事実については主張と証拠調べの結果の食い違ってくることは多く、主張に拘束されて判断できない」と実質上裁判をすることができなくなるといことが起こるおそれがある<sup>(50)</sup>との危惧が示されている。

なお、このような考え方に立つと、いわゆる狭義の一般条項の場合にも、不特定概念を理由づける事実こそが主要事実であり、あるいは主要事実と同様に扱われるべき事実であり、権利濫用や公序良俗違反という抽象的な主張は不要ということになる。その代わり、これを理由づける事実については当事者の主張がないと裁判所はその事実を判決の基礎とすることができないということにもなる。学説の中には、これを支持するものもある<sup>(51)</sup>。また、ドイツの判例・通説も、信義則違反、権利濫用等については当事者の主張を要しないで、裁判所が職権によって調査すべきものであるが、右不特定概



念を構成する具体的事実関係については、当事者が主張することが必要であるとされている<sup>(44)</sup>。

しかし、それでは弾力性に富んだ抽象的概念を取り入れた法の趣旨に反することにもなりかねないとして学説の多くは、公益性を理由に、それらの具体的事実も当事者の主張を要せず、裁判所が証拠調べの結果斟酌できるとの立場をとっている<sup>(45)</sup>。このことは、弁論主義の適用を緩和することになるが、狭義の一般条項は最高度の法理念をそのまま法律要件要素に取り込んだものであるから、当事者の衡平とか不意打ちの防止とかいう弁論主義の理念に十分に拮抗し得るとされる<sup>(46)</sup>。これに対し、前記学説からは、「証拠調べの結果、公序良俗違反とか、信義則違反に当たる事実が明らかになったとしても、この事実が正面から争われれば別の評価を基礎づける事実も明らかにするるのであるから、これらの法概念に内包される最高度の法理念は当事者間の衡平とか不意打防止とかいう弁論主義の理念に十分拮抗し得るなどと短絡的にいうことはできない」との反論を受けている<sup>(47)</sup>。

(二) 主要事実と間接事実の区別についての新しい考え

(第一説) 判例・通説の主要事実と間接事実の区別を一応是認した上で、訴訟の勝敗に直接影響するような主要事実・間接事実は当事者の主張を必要とし、そうでない主要事実・間接事実は当事者の主張を要しないと見る見解<sup>(48)</sup>（重要性基準説）。

重要な間接事実を主要事実と同様に位置づけるこの見解は、争点中心審理主義を採用している現行民事訴訟法にふさわしいものとして、一定の評価を得ている<sup>(49)</sup>。しかし、前述したように、主要事実でありながら当事者の主張がなくても判決の基礎とすることができることを認める点では、批判も強い。

(第二説) 訴訟の勝敗に重要な影響を与える事実か、そうでない事実かによって、すなわち前者を主要事実、後者を間接事実として、弁論主義の適用を考えていくとする見解（基準再構成説）。

新堂教授は、主要事実と間接事実の区別は各本条の文言を基準とすべきではなく、むしろ端的に、弁論主義の対象として「どの程度の抽象度の事実」が当該事件につきふさわしいかという利益衡量を行って両者の再構成をすべきであると主張している。すなわち、法条の立法目的、当事者の攻撃防御目標として明確化という観点および認定すべき事実の範囲が審理の整理・促進という観点から見て明確であるかという配慮に基づいて、何が主要事実であるかを具体的な事案の類型ごとに帰納的に定めていくことになる<sup>(50)</sup>。田尾判事も、新堂教授の諸説は、なお試験的なものではないと思うが、新たな基準設定に向かつての正当な方向であると思うとして、この見解を支持されている<sup>(51)</sup>。ただ、新堂教授は、あくまでも弁論主義の対象としての主要事実を新たな基準から搾り出すのに対し、田尾判事は、事実主張を要する根拠は弁論主義に基づく主張責任にあるのではなく、訴訟運営上、道標を設定することの必要性、相手方の防御権の保護、その意味での公平、当事者双方への裁判所の判断の不意打防止、あるいは事実主張もできないようないわば

でたらしめる権利主張の防止等というような訴訟手続上乃至は訴訟政策上の諸要請にあるのではないかと、弁論主義と切り離して考えている点で微妙な違いがある。

本来、要件事実、個々の訴訟の経過とは無関係に法律の解釈を通じて定められるもので、いわば訴訟前からその内容は固定されているものである。その点からこの見解は、その要件事実を充足する主要事実も、個々の訴訟の経緯に照らして重要であるか否かによって左右される性質のものではないとの批判を受けており、また、実務家の一部からも、この見解は実質的ではあるが、アド・ホック (ad hoc) であり、実用に耐え得るか疑問であるとの指摘がなされている<sup>(33)</sup>。

(第三説) 主要事実であると間接事実であるとを問わず、判決の基礎として認定、判断するためには、原則として当事者の主張を要するが、その主張は事実の細部にわたる必要はないとする見解<sup>(34)</sup> (全事実要主張説)。松本Ⅱ野教授も、判決の基礎になる事実は関連性のある間接事実をも含めて当事者の陳述したものに限られると解すべきであると<sup>(35)</sup>し、基本的にはこの見解に同調されるものと思われる。

薬害などに見られる製造物責任訴訟、診療過誤訴訟さらには公害訴訟といった、実際の裁判では間接事実が重要な役割を果たし、まさにその存否が訴訟の勝敗を決するとまで言われている。この見解には、この間接事実弁論主義が適用されないのは不当であるとの認識があるものと思われる。

間接事実も原則として当事者の主張を要することとは、実務に相当にドラステックな変化をもたらすことになるが、わが国の訴訟の実情からみて、審理の煩雑化を招き、いたずらに訴訟を長期化させるものであつて、実際的ではないとの批判が強い<sup>(36)</sup>。

(第四説) 「口頭弁論で当事者が主張すべき事実、当事者が主張していなくても裁判所が斟酌しうる事実、裁判上の自白の対象となる事実、判決で事実摘示すべき事実、判断遺脱として上告理由ないし再審事由となる事実は各各の制度の趣旨に即しながら別個に考察すべきである」<sup>(38)</sup>との立場から、「裁判所が判決で当事者の主張がなくして斟酌できる事実は当該訴訟におけるその事実の重要性、当事者にとって不意打にならないか、証拠の提出や反対尋問によって当事者間で実質的に攻撃防御が尽くされたかどうかという観点が重要である」<sup>(39)</sup>とする見解。

提唱者である小林教授は、一応の基準として、第一に、その事実が当該訴訟において当事者に攻撃防御の機会を保障する必要があるような事実か否かである。主要事実―間接事実の区別とパラレルになることが多いが、重要な間接事実も当事者に攻撃防御をなさしめる必要があることが多いだろう。第二に、当事者が既に主張している事実と両立しない事実については、当事者の主張なくして認定しても実質的には攻撃防御の機会が十分にあり、当事者にとつても不意打にはならないことが通常だから、差し支えない。第三に、第一の基準からは当事者の主張を要する場合であっても、証拠の提出や反対尋問等によって実質的に攻撃防御が尽くされているときは、当事者の主張なくして裁判所がその事実を認定してよい。また、証拠の提出からそ

れが立証する事実の主張が当然にあると通常人が考えるような場合には、攻撃防御の機会の保障があつたと見てよいから、当事者の主張を擬制して主張があつたものと扱うべきであるとされる。<sup>(38)</sup>

もつぱら、不意打防止という視点から、主要事実を捉えなおす見解であるが、基準が必ずしも明確に定立されていないため、この見解も、実用に耐え得るか疑問であるとの批判を受けている。

## 五、結語

以上、概観してきたように、主要事実と間接事実の区別と弁論主義に関しては、大きく見て、広義の一般条項にみられるように従来間接事実とされてきたものを主要事実と捉え直し、弁論主義は主要事実のみ適用されるという図式を貫くものと、主要事実と間接事実の区別が弁論主義の適用の有無とは必ずしも一致しないとし、実体法規ではなく、むしろ当事者へ不意打の防止、防御権の行使といった訴訟手続上ないしは訴訟政策上の要請から弁論主義の適用される事実を導き出すものに分けられる。

本来、民法等の実体法規は、裁判規範である。裁判官は、各本条の定める要件事実を充足しているか否かで法律効果を認定できるか否かを判断することになる。当事者も、自己の欲する法律効果を裁判所に認めてもらうため、それに必要な要件事実の充足を主張し、立証することになる。すなわち、当事者ならびに裁判所に共通の目標は、要件事実を充足しているか否かということになる。要件事実ないし法律要件要素そのものは、各本条に客観的に定められており、当事者ならびに裁判所にとって明確な共通のテーマとなっている。まさに、この客観的に明確なテーマの設定こそ争点を集中し、不意打を防止する最大限の共通ルールとなるべきものである。その意味で、私は、主要事実やはり要件事実に則して考えるべきではないかと思う。举证責任の分配につき、部分的には批判があつても、依然として法律要件事実分配説が支持されているのも、この基準が比較的客観的に明確であるからにあるのではなかろうか。新たな基準からの分配を提案する見解もいくつか出されたが、いずれも成功していない。もつとも何を主要事実と考えるべきか明確でない場合もあるが、それは判例の積み重ねや、学説の進展によつて解消されていくものと思われる。一般条項につき、たとえば過失を具体的に根拠づける事実を主要事実と捉える近年の学説の努力はその典型的な例といえよう。石川判事は、「主要事実のみが弁論主義に服するとするわが国の通説的見解が、既に相当の期間にわたつてわが国の法律実務を支配し、最高裁の判例も右の見解の上に構築されてきたことを考えるならば、今にわかに右の通説的見解を変更する必要があるとまでは到底考えることができない<sup>(39)</sup>」とし、「具体的主要事実の限界が不明であるということとは、それ自体一



個の悖理であるし、主要事実のみが弁論主義の制限に服するという、少なくとも観念的には明確な一線を捨てて、たとえば訴訟の勝敗に重要な影響を有する事実が弁論主義の制限に服するというような原則を採用した場合に、その曖昧さのゆえに生ずる困難に比べれば、主要事実の限界を知ることに伴う困難の方が、まだましだということになるのではなからうか」と新たな基準の設定には批判的である。ただ、私は、弁論主義の適用を主要事実のみ限定することには反対である。弁論主義は決して動かし難いものではない。三ヶ月教授が指摘されていたように、健全かつ常識的な司法制度の運営という理念が優先すべきものである。近年、間接事実の重要性が指摘されている。私は、主要事実のみに限定せず、訴訟の結果にとって重要な意義を有する間接事実や補助事実についても弁論主義を適用すべきものと考え、その点で、重要な間接事実を重要な主要事実と同等に取り扱う前記重要性基準説を評価するが、主要事実を判決の基礎にするためには、やはり当事者の主張が必要と考えるべきであろう。<sup>(63)</sup>

#### 註

- (1) 鈴木正裕「新民事訴訟法講義(補)」中野他編一六九頁。
- (2) 小澤文雄「直接事実と間接事実」法学教室(旧版)六五頁。田尾桃二「主要事実と間接事実の区別の必要性及その基準」民事訴訟法の争点(初版)二二九、二一〇頁。
- (3) 斎藤秀夫「民事訴訟法入門(法学入門講座)九九頁、同「民事訴訟法概論(新版)二五六頁。
- (4) 小山昇「民事訴訟法」現代法律学全集22二三五頁。わが国の代表的なコンメンタールである、菊井・村松著「全訂民事訴訟法I」でも、「具体的な権利の発生・変更・または消滅について必要な法律要件事実、すなわち主要事実」とされている(六九一頁)。
- (5) 山木戸克巳「間接事実の自白」民事訴訟法判例百選(第二版)一七二頁、同「自由心証と挙証責任」四九頁。池田辰夫「裁判上の自白」新版・民事訴訟法演習I判決手続(1)二四四頁。
- (6) 鈴木正裕「主要事実と間接事実」新版・民事訴訟法演習I判決手続(1)二二〇頁。
- (7) 伊藤滋夫「要件事実の基礎―裁判官による法的判断の構造」五九頁。
- (8) 伊藤滋夫・前掲書六〇頁。
- (9) 高橋教授は、事実でもないこともあるから、正確には(構成)要件要素とか構成要件標識とでも言うべきだとされる。高橋宏志「重点講義民事訴訟法(新版)三六〇頁。
- (10) 伊藤滋夫・前掲書六一頁。
- (11) 菊井維大「全訂民事訴訟法(上巻)」一六九頁。
- (12) 拙稿「間接事実の自白の拘束力」東北福祉大学紀要第二六巻一頁以下、同「補助事実―特に、文書の真正―の自白の拘束力」東北福祉大学紀要第二七巻一頁以下。
- (13) 田尾桃二・前掲書二一九頁。

- (14) 新堂幸司「新民事訴訟法」三八四頁。
- (15) 加藤新太郎「主要事実と間接事実の区別」民事訴訟法の争点一八二頁。坂原教授も同旨。「裁判所の訴訟や当事者の訴訟活動における指針となつて争点形成・立証活動・心証形成作業のいわば道標として重要な役割を演じていることになる」坂原正夫「主要事実と間接事実」中野編現代民事訴訟法入門一六二頁。
- (16) 青山善充「主要事実・間接事実の区別と主張責任」講座民事訴訟法(4) 三六頁註2。田尾桃二・前掲書二二八頁・奈良次郎「主要事実と間接事実の区別」民事訴訟法の争点(新版) 二二四頁。
- (17) 加藤新太郎・前掲書一八二頁。
- (18) 新堂幸司・前掲書三八五頁。田尾桃二・前掲書二二〇頁。
- (19) 田尾桃二「主要事実と間接事実にかんする二、三の疑問」兼子博士還暦記念論集(中) 二七二頁。
- (20) 新法律事典(新版) 二二頁。
- (21) 倉田卓次「一般条項と証明責任」法学教室(第二期) 六九頁。
- (22) 篠田省二「権利濫用・公序良俗違反の主張の要否」新実務民事訴訟講座(2) 三八頁。
- (23) 新堂幸司・前掲書三八五、三八六頁。
- (24) 新堂幸司・前掲書三八五頁。
- (25) 松本博之「上野泰男」民事訴訟法三七頁。
- (26) 中野貞一郎「判例批評」民商法雑誌四〇巻二号一五二頁。
- (27) 奈良次郎・前掲書二二七頁。
- (28) 田辺公二「反対論として一契約が代理人によつて成立したことの主張を要するか」民事法の諸問題1(近藤Ⅱ浅沼編) 八五頁。
- (29) 田尾桃二「主要事実と間接事実にかんする二、三の疑問」二八五頁。そして、鈴木教授は、「契約が代理人によつて締結されたという事実是一個の主要事実であるが、当事者双方が契約締結の事実よりも、むしろ締結された契約の内容に重点を置いて争っているときには、契約が代理人によつて締結されたという事実は、訴訟の勝敗にとつて差ほど重要な事実とはいえない」とされる。鈴木正裕・前掲書二二〇頁。
- (30) 兼子 一「最高裁判所判例解説・民事編昭和九年度」一〇九頁、三八事件評釈。ただし、兼子博士は、「原審の事実認定の基礎となつた証言並びに本人尋問による供述は、いづれも当事者の援用にかかり、かかる援用はその内容たる事実の主張も包含していると認められる」として大判昭和九年三月三〇日(民集一三巻四一八頁)の結論を支持している。
- (31) 坂井芳雄「契約が代理人によつて成立したことの主張を要するか」民事法の諸問題(近藤Ⅱ浅沼編) 七八頁。
- (32) 松本博之「上野泰男」前掲書三六頁。
- (33) 田尾桃二・前掲書二八五頁。谷口知平「判例批評」民商法雑誌六二巻二号三五五頁。篠田省二・前掲書五一頁。
- (34) 倉田卓次「交通事故賠償の諸相」二二〇頁以下。竹下守夫「弁論主義」演習民事訴訟法(上) 三三九頁。
- (35) 新堂幸司・前掲書三八六頁。田尾桃二「主要事実と間接事実の区別の必要性和その基準」二二二頁。
- (36) 村松俊夫「間接事実の意義と価値」上智法学一三巻二二三号三三頁。菊井Ⅱ村松「全訂民事訴訟法I(補訂版)」七八七頁。
- (37) 青山善充・前掲書三六七頁。岩松Ⅱ兼子「法律実務講座民事訴訟法Ⅲ」七六頁。篠田省二・前掲書四五頁。

- (38) 倉田卓次「一般条項と証明責任」七二頁。
- (39) 三井哲夫「要件事実の再構成(増補新版)」八八頁。
- (40) 篠田省二・前掲書四五頁。
- (41) 田尾桃二「主要事実と間接事実にかんする二、三の疑問」二七七頁。
- (42) 田尾桃二・前掲書二七八頁。新堂教授も同旨「あまりにも具体的な事実を主要事実とすると、審理内容は煩雑となり、長期裁判は避けられない。また、当事者の主張する事実を裁判所が心証を得る事実とは多かれ少なかれずれがあるのは当然であるから、主要事実をあまりに具体的レベルのものとして捉えると、その事実認定を不可能にし、ひいては立法目的に反するおそれがある」(前掲書三八六頁)。
- (43) 松本上野・前掲書三七頁。
- (44) 浜中則雄「ドイツ法における権利濫用の理論」(末川先生古稀記念・権利の濫用(下)三〇一頁。
- (45) 鈴木正裕・前掲書二一七頁。田尾桃二「主要事実と間接事実の区別に関する二、三の疑問」二七八頁、二八〇頁。倉田卓次「一般条項と証明責任」法学教室Ⅱ期五号七一頁。なお、学説には、狭義の一般条項間の公益性の強弱を考慮し、公序良俗違反に限って当事者の主張を要しないと、更なる絞りをかけるものもある。
- (46) 倉田卓次・前掲書七一頁。
- (47) 松本上野・前掲書三七頁。
- (48) 中野上松浦鈴木「新民事訴訟法」一七五頁。高橋宏志・前掲書二七四頁。
- (49) 加藤新太郎・前掲書一八三頁。
- (50) 新堂幸司・前掲書三八六頁。同旨納谷廣美「事例式演習教室民事訴訟法」一一三頁。
- (51) 田尾桃二・前掲書二二一頁。
- (52) 鈴木正裕・前掲書二二一頁。
- (53) 加藤新太郎・前掲書一八三頁。
- (54) 竹下守夫「弁論主義」演習民事訴訟法(新版)三七〇頁。
- (55) 松本上野・前掲書三五頁。
- (56) 加藤新太郎・前掲書一八三頁。
- (57) 鈴木正裕・前掲書二二一頁。
- (58) 小林秀之「民事訴訟における訴訟資料・証拠資料(3)」法協九七巻八号一一六二頁以下。
- (59) 小林秀之「民事裁判の審理」一六九頁。
- (60) 石川義夫「主要事実と間接事実」新実務民事訴訟法講座二巻三一頁。
- (61) 石川義夫・前掲書三三頁。
- (62) 三ヶ月章「民事訴訟法」(法律学全集)一五九頁、三九一頁。
- (63) 加藤新太郎・前掲書一八三頁。